

ALGUNAS PAUTAS PARA UNA NUEVA LEY DE INSOLVENCIA

por el *Dr. Héctor Cámara* (*)

1. — El derecho concursal, lamentablemente, resulta siempre insatisfactorio, al disciplinar la situación de la empresa en crisis, fenómeno patológico que no es excepcional por lo cual debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario.

Ese evento desgraciado que compromete plurales intereses de distintas clases, cuyas derivaciones públicas como privadas son graves y dañosas, preocupa al legislador contemporáneo, para que al sufrimiento congénito del estado de insolvencia, no se añada el perjuicio producido por la ineficacia del régimen legal, que necesita ajustarse a la situación socio-económica de hoy —muy distinta a la de principios de siglo— y teniendo como mira la seguridad del tráfico jurídico.

Este cuerpo legal se halla en ebullición, su destino natural es ser retocado y corregido permanentemente, porque sus previsiones, aún las mejores, son efímeras por distintas causales: movilización y susceptibilidad del crédito, incremento insospechado de las estructuras societarias y la concentración económica, que imponen un cambio profundo para su adecuación a la realidad vigente, extremadamente cambiante en la actualidad, tal vez como nunca hubo en la historia de la humanidad.

La renovación o cambio de los estatutos falenciales de la empresa, personaje central, está en el orden del día de todos los países, ya que ese instituto tiene un destino social y más que nada se halla al servicio de la comunidad.

En todos los países de avanzada, desde hace varios lustros, se suceden sin pausa las nuevas tentativas legales, porque como señala la

* Conferencia pronunciada por el Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Héctor Cámara en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, en ocasión de la apertura del año académico 1987 de los Institutos de Derecho Privado y Público.

reciente ley portuguesa del año 1986 en la Exposición de Motivos, “la eliminación de la empresa supone en la mayoría de las ocasiones, cuando es evitable, una verdadera agresión al equilibrio social del cual el Estado no puede desinteresarse”.

Las reglas y técnicas, son modificadas, así como también los objetivos, para evitar se hable de la falencia del derecho concursal: el carácter punitivo, como fuera en sus orígenes y mantenido en el *Code de commerce* hasta la ley francesa del año 1955, es hoy historia antigua. También, en buena medida la satisfacción de los acreedores tras la liquidación del patrimonio del quebrado —ejecución colectiva, tanto que Greco nos habla hace muy poco de *Il fallimento de esecuzione collettiva ad espropriazione del l'impresa*”.

La ley francesa del 13 de julio de 1967 introduce como novedad la separación del “hombre” de la “empresa”, postulando la supervivencia de ésta siempre que fuere viable, en tanto el derecho francés actual se dirige no sólo a defender la empresa, sino a detectar oportunamente la crisis para que la terapéutica sea efectiva, tutelando los puestos de trabajo, aún con mengua de los acreedores, como declara el art. 1º de la ley nº 85—98. Tal es la “nueva filosofía” del derecho de insolvencia a que se refiere el profesor Rojo.

Hay una nueva óptica en la materia, influenciada por las ideas sociales imperantes, donde asimismo se ha querido imponer la solidaridad como base de los efectos y consecuencias de aquél estado falencial.

Todo ello lleva a echar por la borda viejas construcciones, manifiesta un autor español: se puede decir que la concepción liberal del derecho concursal ha dejado ya paso a una concepción social del mismo, como consecuencia natural, del hundimiento de la visión liberal que en su día iluminó tur sistema económico, un sistema político y un sistema jurídico. Desaparecidos los factores estructurales de un sistema, difícilmente podía subsistir sin cambios, una parte de éste. La realidad, una vez más, ha ido por delante del ordenamiento, siendo éste un cambio de orientación una de las últimas consecuencias de un proceso más amplio. Y consiguientemente, aunque el derecho concursal vigente fue pensado para otro sistema distinto, la interpretación del mismo no puede quedar ligada a una idea ya desechada, ha de unirse a la realidad y proporcionar al ordenamiento esa flexibilidad necesaria para su adaptación a las circunstancias sociales y económicas, poniendo en par-le, remedio al desfase legal.

2. — Atento las consideraciones expuestas, nos ocupamos brevemente en la revista de las nuevas legislaciones y proyectos recientes sobre el derecho concursal, donde se advierte sin dificultad la evolución

en el tiempo de los remedios jurídicos para el tratamiento de la insolvencia de las empresas: cómo del *fallimento* se llega al “saneamiento” de la empresa económicamente viable, restando la liquidación del patrimonio como última *ratio*.

Antes de avanzar nos interrogamos, ¿cuál ha sido el motivo del florecimiento de las nuevas legislación concursales?

Alguien contestó que se debe a la cantidad de quiebras producidas en los últimos tiempos, comprometiendo pasivos con montos insospechados, lo cual es exacto: los guarismos de crisis empresariales en todos los países es hartó significativo.

Sin embargo, esa no es la causa del florecimiento legislativo, pues, a igual que cuando se produce una epidemia de vastísimas proporciones no es necesario cambiar la terapia si resulta eficaz, en este caso, esas crisis empresariales sirvieron para mostrar la inoperancia del instrumental jurídico.

La doctrina de los países europeos y americanos de mayor importancia, clamó en forma unánime por la remodelación de estos institutos, buscando afanosamente soluciones más adecuadas a las exigencias socio-económicas de la actualidad.

En síntesis, la razón de este fuerte movimiento renovador del régimen concursal radicó en la ineficiencia del vigente.

3. — Comprobando esa afirmación efectuamos un rápido *excursus* por el derecho comparado.

3.1. — *Estados Unidos de Norteamérica* fue pionera en las nuevas ideas, al modificar la *National Bankruptcy Law* —moldeada sobre el sistema inglés— e incorporar la “reorganización de las empresas”, instituto al principio con vigencia exclusivamente para las empresas ferroviarias —es mejor sanear las empresas potables económicamente que salir a vender hierros viejos, se expresó—, luego extendido por la *Chandler Act* del año 1938, pretendiendo reestructurarlas y no liquidarlas.

El sistema tiene como base el *plan of reorganization* y contar con el visto bueno de la *Securities and Exchange Commission* Federal, antes de aprobarlo la Corte, previa votación de dos tercios de acreedores V mitad de los accionistas: mira fundamentalmente las perspectivas de recuperación, atento los medios financieros que dispone, incluyendo la emisión de nuevos títulos para la suscripción por los acreedores y antiguos accionistas.

En el año 1970 se nombra una Comisión de expertos para revisar ese viejo ordenamiento legal, que el año 1973 publica el *Report of the Commission on the Bankruptcy*, que tiene en cuenta las decisiones ju-

diciales durante su larga existencia y las iniciativas de la doctrina, otorgando a los concursados la posibilidad de “nuevo comienzo”.

Esta tentativa llegó a convertirse en ley —*The Bankruptcy Act 1978*—, introduciendo muchas variaciones al sistema precedente —vg. suprime los actos de quiebra como presupuesto objetivo de los concursos, sustituido por el estado de insolvencia— sec. 109 (c) (3); los *referees-in bankruptcy*, magistrados auxiliares fueron convertidos en titulares de juzgados concursales unipersonales; el deudor es liberado de los efectos personales, tanto que algún autor dice que los únicos son “insomnio, valium y úlceras”; etc.

La “reorganización” es mantenida con reformas por haberse detectado algunas fallas:

- a) designar un “reorganizador neutral” para conducir la operación;
- b) controlar eficazmente por vía administrativa el trámite —S.E.C.—, por lo menos en las etapas más importantes;
- c) fijar la remuneración de los servicios, reduciendo costos;
- d) determinar los requisitos mínimos del plan, para una más justa distribución de los costes;
- e) la institución antes bifurcada —*corporate reorganization y arrangements*— es reducida a una para evitar desviaciones; etc.

3.2. — *Inglaterra* renueva su vieja legislación sobre la materia, a cuyo efecto nombró el 27 de enero de 1977 una Comisión para la revisión presidida por Mr. Kenneth Cork, a fin de cumplir un relevamiento y valoración en materia de insolvencia.

Como fruto de esa labor publicó un importante estudio de 448 páginas, un verdadero tratado que considera los aspectos jurídicos y prácticos en Inglaterra y Gales, depositado en el Parlamento el mes de junio de 1982 bajo la denominación *Insoyveny Lave and Practica Report of the Review Committee*, conocido como “Informe Cork”, que propicia muchas modificaciones al régimen; —vg. acabar con la distinción entre el comerciante individual y social, ya que la insolvencia de la última se resuelve mediante la *winding up* reglada por la *Companies Act de 1948*.

El nuevo ordenamiento logró estado legal el 30 de octubre de 1985, como *Insolvency Act*, que sigue las enseñanzas del derecho norteamericano.

3.3. — *Alemania* cuenta con la *Konkursordnung* del siglo pasado —con varias reformas— conceptuada como la mejor ley concursal, pero al cumplirse el centenario fue objeto de dura crítica por la doctrina germana, exigiendo más que cambio un nuevo estatuto— *Nottwendigkeit einer insolvenzreform*.

Se habló de saqueo de la masa, por los escasos dividendos que percibían los acreedores quirografarios luego de largo tiempo; la quiebra se considera la peor solución, tanto que Jaeger la define como “un destructor de valores”, el procedimiento más costoso para cancelar deudas, etc.

Kliger al año 1975 se refirió a “la falencia de la falencia”, por el daño e inutilidad de la vieja legislación, tanto que se brega por la abolición de los privilegios, en especial, los del fisco y de los trabajadores: el de los últimos conspira contra los intereses que pretende amparar, al obligar a clausurar fuentes de trabajo.

El Ministerio de Justicia se alarma por el aumento de declaraciones de quiebra, designando el 21 de febrero una Comisión para sustituir el viejo régimen *Kommission für insolvenzrecht* —que se ajuste a la economía y problemas sociales, ya que la insolvencia no debe considerarse como “cosa de acreedores y deudor”, pero sin descuidar la salud futura de la empresa, la cual reorganizada no puede caer nuevamente en la ruina. El decreto señala que es necesario auscultar el derecho comparado, en especial, las legislaciones de Estados Unidos de América y Francia.

Las conclusiones de la Comisión, entre otras son:

1. Eliminar el dualismo institucional entre quiebras y concordato;
2. evitar el actual aniquilamiento de las empresas, que implica la anulación total de los valores de la hacienda;
3. prever la continuación de la empresa siempre sea conforme con la visión de conjunto de la economía;
4. si el saneamiento no es posible debe pasarse inmediatamente a la quiebra, sin perder tiempo en reenvío, tentativas, etc. En suma, salvación cierta o extinción;
5. excluir toda tentativa inútil de saneamiento que provoque pérdidas ulteriores a los acreedores;
6. otorgar suma importancia al estudio preliminar profundizado, en el sentido que desde el primer momento comience el análisis de las soluciones posibles; etc.

3.4. — En *Austria* que regía la ley germana se produce un fenómeno similar contra la misma, pero se dijo no había tiempo para estructurar una nueva ante la urgencia, y por tanto fue reformada parcialmente la misma desde el 1° de enero de 1983.

Entre las innovaciones están:

1. desaparecen los privilegios, pues, todos los acreedores deben hallarse en pie de igualdad;

2. la empresa no clausurada antes de la declaración de quiebra debe proseguir, salvo resolución judicial, atento las pérdidas que ese hecho acarrea a los acreedores;
3. al concordato se añade el "procedimiento preliminar" —arts. 76 a 81— para sanear la empresa en breve plazo, evitando la quiebra y el concordato preventivo.

3.5. — *Italia* país de gravitación en la materia, mantiene la ley del año 1942 —n° 267— sancionada en las postrimerías de un sistema político, contra la cual arreciaron las impugnaciones de la doctrina, desde que Bianchi d' Espinoza levantara su voz en "Bilancio de la legge fallimentare", donde la jurisprudencia cumplió una importante misión en su "interpretación evolutiva", ante la inercia del legislador.

La grave crisis que atravesó la economía italiana en los últimos Lempos —posiblemente mayor que la de los años 30— distorsionó el uso del concordato preventivo y la administración controlada, llevando a la sanción apresurada de medidas especiales, no siempre afortunadas, que remata con la "administración extraordinaria de las grandes empresas", motivo de discrepancias.

Bonsignori afirmó, que el legislador italiano no ha demostrado una visión estratégica sobre la crisis de la empresa: el juez ordinario cuenta en sus manos instrumentos normativos vacíos de contenido y prácticamente inaplicables sin sustituirlos por otros nuevos y susceptibles de uso. Toda la política del "salvataggio" revela clamorosamente en las leyes que pretendieron enderezar, o disciplinarla o en la aplicación práctica, la ausencia de línea directiva y perseguida coherentemente.

Luego del fallido proyecto *dei dottori commercialisti*, comisión integrada por Provinciah y Ferrara (j), actuando como Presidente Bianchi d'Espinosa, el Ministro de Gracia y Justicia, nombró una Comisión que preside Piero Pajardi, que elaboro "una bozza di legge delega per la riforma della legge fallimentare e dell'intero sistema concorsual esecutivo", que tuvo como antecedentes los trabajos del CIS Lissone.

Esta iniciativa constituye la síntesis de una mediación entre tradición y/e innovación, entre principios consolidados en la doctrina y jurisprudencia y nuevas soluciones impuestas por las necesidades y problemas actuales, que exhibe un tema difícil de lograr unanimidad, por importar armonizar dos cosas que aparecen inconciliables. Manifiesta Pajardi: todas las veces que se habla de proceso retorna siempre este conflicto, esa dialéctica llevada a la polémica más fuerte entre *garantismo* ed *efficientismo*: cuando concede algo al *garantismo* se reduce la eficiencia del proceso, como toda vez que hay indulgencia sobre la eficiencia del procedimiento se limita al *garantismo*.

El trabajo muy prolijo, dividido en 17 secciones, condensa en el art. 2° los principios generales: “La ley de falencias, además de conformarse a las normas de la Carta Constitucional y adecuarse a las Convenciones internacionales ratificadas por la República, debe contemplar las siguientes directivas y criterios:

- 2.1. celeridad y rapidez del procedimiento concursal;
- 2.2. garantía del contradictorio y de las posiciones de derecho objetivo;
- 2.3. conservación de la empresa compatible con la tutela de los acreedores;
- 2.4. posición especial de los trabajadores frente a los otros acreedores;
- 2.5. previsión de la revaluación automática de los créditos...;
- 2.6. sanciones en orden a la configuración de las nuevas conductas fraudulentas y potencialmente de la normativa penal específica.

3.6. — *Bélgica* postula modificar desde hace tiempo su antigua ley sobre quiebras..., para ajustarla a las exigencias actuales, donde se depositó el 28 de octubre de 1983 un proyecto de “prevención y asistencia de empresas en crisis”, para evitar la crisis y sanear la empresa, protegiendo los intereses del empresario y sus empleados.

3.7. — *Dinamarca* sustituyó el *Konkurs* por un nuevo estatuto del 1° de marzo de 1978, siguiendo las mismas directivas; por otra parte, extirpa los privilegios excepto los laborales .

3.8. — *España* desde hace mucho pretende renovar su vetusto régimen concursal que al decir de Chuliá no sólo es *anacrónico y disperso* sino *esencialmente oscuro* en la solución de los problemas más importantes.

Después de varias tentativas frustradas, el Ministerio de Justicia dio a conocer el “Anteproyecto de ley concursal”, redactado por una Comisión constituida por los concursalistas de primer nivel presidida por el profesor Olivencia Ruiz.

El Anteproyecto, acompañado de una lúcida Exposición de Motivos, dio lugar a valiosas aportaciones y diversos certámenes para su examen.

Se enrola en la tesis predominante de defensa de la empresa, a cuyo efecto abandona el estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo del concurso, reemplazado por “la situación de crisis patrimonial” —aquél estado que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de los créditos—, por la imperiosa necesidad de anticipar en el tiempo la apertura del procedimiento —*predecocio*—.

Muchas otras novedades trae este importante trabajo: se detiene en la sindicatura, motor del concurso, tratando de rodearla de las mayores garantías de eficiencia, moralidad, etc.; disminuye la importancia de la junta de acreedores, al incrementar la potestad del tribunal; facilita el convenio como solución normal de la crisis, pero aún ante su fracaso puede evitarse la liquidación, cuando la desaparición de la empresa pueda producir efectos negativos y sea viable un plan de reorganización; impone una drástica poda a los privilegios, tutelando la igualdad de los acreedores, pues un examen pormenorizado de ellos sirve para poner de relieve tanto los criterios heterogéneos —y en ocasiones contradictorios entre sí— que se han seguido para su concesión, como la correlativa falta de fundamento económico y social que en la actualidad caracteriza a la mayor parte de esos créditos. Sólo la inercia de la tradición —agrega el Informe— o el egoísmo de quienes disfrutaban de ese trato desigual, ha permitido la supervivencia de tal lamentable situación; etc.

3.9. — La *legislación francesa* es muy elocuente sobre la evolución en el tema —*Code de commerce*, ley de 1838, ley de 1955—, la última de las cuales motivó un prolijo estudio del Ministerio de Finanzas, en base a estadísticas en todas las circunscripciones judiciales de ese país, sobre acuerdos fracasados, quiebras clausuradas por falta de activo, porcentajes percibidos por los acreedores quirografarios y en qué tiempo, etc.

Como corolario, se sancionó la ley n° 67-565 del 13 de julio de 1967, que extiende a todos los sujetos y personas jurídicas los procedimientos concursales, la cual fue complementada por la ley 67-820 del 23 de setiembre de 1967, para facilitar la recuperación económica y financiera de algunas empresas de relevancia social.

La primera, como novedad, separó netamente el “hombre” de la “empresa”, para que las organizaciones potables económicamente puedan subsistir, sin perjuicio de alejar y sancionar a quienes la dirigieron abusivamente y con fraude.

Ese fecundo esfuerzo, que modificó radicalmente la anterior ley del año 1955, lamentablemente careció de éxito en la práctica, como denunciara la doctrina, acusando entre las causas, el escaso grado de integración y coordinación de todo el sistema para la conservación de la empresa, la demora entre la crisis y la apertura del concurso, la ausencia de una fase de observación que precediera a la adopción del tratamiento adecuado y que permitiera realizar con rigor el diagnóstico de la situación, etc.

Este lamentable fracaso despertó importantes estudios para solucionar el arduo problema, entre los cuales cabe destacar el “Informe del Comité para la reforma de la empresa”, a efectos de prevenir las dificultades y ayudarlas a hacerles frente, conocido como Informe Sudreau, en razón de quien presidiera esa Comisión.

Como fruto de esa laboriosa tarea, y después de varias tentativas parlamentarias que no hicieron camino, se sancionó la ley 84-148 del 1º de marzo de 1984, de “prevención y reglamento amigable de las empresas en dificultades”, que comprende dos aspectos.

El primero es “el control de cuentas y procedimientos de alerta” en todas las sociedades, grupos de interés económico, cooperativas e incluso la sociedad unipersonal, ampliando la intervención y naturaleza de los *commissaires aux comptes*, para la mayor eficacia del ejercicio profesional, como su independencia, en garantía de todos los intereses. Obran preventivamente, llamando la atención de los dirigentes *sur tout fait de nature a compromettre la continuité de l'exploitation*, donde cabe discriminar —según se dijo—, entre el riesgo que pesa sobre la continuación de la explotación en el futuro (criterio de la alerta), y la certeza de la no continuidad de la explotación (la liquidación amigable o la liquidación de bienes), *l'alerte est l'eveil de l'attention en vu du combat, non la rendition ou la capitulation; elle est l'aube propres aux redressements, non la nuit des ruines. L'alerte est porteuse de l'espérances*.

El segundo, crea el “reglamento amigable” cuando las dificultades no pueden ser resueltas por los propios recursos de la empresa. Esta todavía está sana y no en estado de cesación de pagos, pero la recuperación escapa a sus posibilidades, por lo cual se pretende obtener en tiempo *les concours* necesarios para la recuperación. No se trata de un procedimiento judicial preventivo nuevo. Tiene otro objetivo que provocará un cambio de mentalidades, porque el “juez” no anuncia necesariamente sanciones o medidas autoritarias compulsivas. Su intervención no es sinónimo de *faillite*.

Al año siguiente, el 25 de enero de 1985, promulgaron dos nuevas leyes: la n° 85-98 de “saneamiento y liquidación judicial de empresas”, y la n° 85-99 relativa a “los administradores judiciales, mandatarios liquidadores y expertos en diagnósticos de empresas”, complementando la ley de 1984.

La ley 85-98 establece un procedimiento único, aunque no uniforme, sustituyendo las soluciones de las reglamentaciones precedentes —ya revistadas—, buscando uno más eficaz y válido para asegurar el

saneamiento de las empresas o unidades de producción viables; *n'est plus l'antichambre de la liquidation; c'est plutot une hospitalization en vue d'un redressement*, se dijo en el Parlamento.

El art. 1º destaca que el nuevo mecanismo se destina a “salvaguardar la empresa, el mantenimiento de la actividad y los puestos de trabajo, y la comprobación —*apurement*— de los acreedores” mostrando una óptica distinta, que tutela el interés público —según manifestó Santini— no sólo porque se presenta como diverso del interés del deudor y de los acreedores teniendo el mismo objeto, sino sobre todo, porque se refiere a categorías o grupos sociales más amplios que pueden tendencialmente coincidir con toda la colectividad, o que, en todo caso, la colectividad privilegia.

El *redressement* es asegurado por un plan de recuperación, luego de un período de observación, durante el cual se logra el diagnóstico de la situación económico-social de la empresa, que determina la posibilidad de subsistencia. El trámite cuenta dos etapas: la primera de “observación” y la segunda para elaborar el plan de saneamiento. Ello es aprobado por la justicia, en cuyo procedimiento el juez —comisario constituye *le pivot de la procedure*, encargo de velar por el desarrollo rápido y la protección de los intereses en presencia.

Por último, integrando el cuadro legislativo la ley 85-99 deroga las normas sobre, listas de síndicos y administradores judiciales —dec. nº 55-603—, buscando contar con personal técnico especializado necesario para resolver los múltiples problemas involucrados: crea los administradores judiciales, mandatarios liquidadores y expertos en diagnósticos de empresas, prestando especial preocupación por la idoneidad y moralidad de las componentes de esos órganos de decisiva significación en estos procesos.

3.10. — *Portugal* —finalizando esta revista— dictó el 2 de junio de 1986 el dec. nº 177-86. denominado “proceso especial de recuperación de empresas y de protección de los acreedores”, en la misma dirección, pretendiendo coordinar ambos intereses.

La Exposición de Motivos admite que en los últimos dos años se han producido cambios sustanciales en el tejido económico portugués... que pusieron en evidencia las falencias de una economía tradicionalmente débil. Es menester una respuesta al desafío europeo, y por ello, crea nuevos mecanismos normativos que permitan a las empresas en situación precaria, por razones coyunturales, recuperen su escasa viabilidad: las soluciones que buscan el apoyo estatal para la recuperación de empresas es artificial.

Incorpora modificaciones al Código Procesal Civil, como a otros cuerpos legales, entre ellas el nuevo art. 1140, imponiendo a todo comerciante denunciar al tribunal su situación *antes* de cesar efectivamente los pagos o hasta 30 días siguientes; introduce la “gestión controlada”, siguiendo el Anteproyecto español, la vertiente más destacada para salvar las empresas, que se abre con una etapa de “observación” —a semejanza del derecho francés— y en base a un plan de recuperación.

En la empresa —reza el Informe— por las justas reivindicaciones sociales del movimiento sindical no sólo interesan los detentadores de capital, sino también, motivadamente, los dadores de trabajo. *Una possessiva “teología” de capitalismo ficou-se nos caminhos do tempo.*

4. — Después de esta revista de las nuevas legislaciones y proyectos en los países de avanzada, se advierte sin dificultad que los institutos vigentes en la ley nacional 19.551 —acuerdo preventivo y quiebra— resultan inoperantes ante el profundo cambio operado en la llamada tercera revolución industrial, donde se pretende la tutela de la empresa viable, y por ende, atacar cualquier dolencia en su oportunidad y no intempestivamente.

Lo dicho nos lleva a propugnar no la reforma del régimen vigente, como ha hecho la ley 22.917 o el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, que se limitan a meros retoques o enmiendas, sino a formular una nueva ley de insolvencia, a imagen de la que se estructura en Alemania desde casi hace una década, abandonando el instrumental caduco que arrastramos desde mucho tiempo —principios de siglo—, de acuerdo al régimen liberal del siglo pasado, cuyos mecanismos dependían en definitiva de la voluntad de las partes —deudor y acreedores—, como únicos interesados en la solución de la crisis empresarial.

Así piensa Olivencia Ruiz, que cuando el Derecho no sirve como instrumento de justicia, su reforma se impone. En esa permanente adecuación de las normas jurídicas a una realidad social siempre cambiante, hay momentos en que sistema e instituciones periclitán y tienen que ser sustituidos por otros nuevos, acordes con las exigencias de la comunidad.

Como comprobamos inmediatamente los puntos comunes que detienen la atención del legislador contemporáneo están ausentes del derecho patrio.

5. — Limpens estimó que hay ciertas “constantes” en la unificación del derecho privado, y siguiendo su pensamiento, consideramos que en las nuevas leyes y proyectos sobre régimen falencial, hay varios parámetros comunes.

Ellos son, a saber:

- a) unidad del sistema inicial, sin perjuicio de las muchas soluciones que puedan adoptarse según las circunstancias de cada caso;
- b) adelantar y facilitar la apertura del procedimiento, para la mayor eficacia de la terapia;
- c) Continuación de la actividad de la empresa en crisis, siempre que sea potable económicamente;
- d) acentuación del carácter “publicístico” del proceso;
- e) mayor celeridad y flexibilidad en el trámite del procedimiento;
- f) mejorar o reestructurar la sindicatura concursal o su reemplazo por órganos más idóneos;
- g) limitar los privilegios concursales en lo posible, ya que vacían de contenido el concurso;
- h) contemplar la situación especial que tienen los dependientes frente a la crisis de la empresa;
- i) atenuación de los efectos de la quiebra sobre la persona del deudor y su patrimonio;
- j) el concurso en el campo internacional, ya que se van borrando las fronteras entre los países;
- k) nuevo régimen punitivo y más adecuada configuración de las conductas fraudulentas en la falencia.

Estos problemas dominan, en general, al legislador actual que sin embargo, no preocuparon a nuestro derecho.

6. — Ahora debía ocuparme de este elenco de temas, pero por razones de tiempo me ciño al primero, posiblemente el de mayor novedad, inspirado en el derecho norteamericano, que abandona el diálogo concordato preventivo y quiebra, para reemplazarlo por el de saneamiento de la empresa y ante su imposibilidad, la liquidación.

Hemos visto que este procedimiento ha dejado de ser “una ejecución colectiva”, como se entendió en sus orígenes, para satisfacer a los acreedores proporcionalmente, pues, se entiende existen otros intereses en juego de mayor jerarquía.

En el derecho patrio, el concurso preventivo está a disponibilidad del deudor, en tanto la quiebra, resta a manos del mismo o de los acreedores, como ocurría a principios del siglo. Lo mismo sucede en otros países, donde todavía hay otros procedimientos, como Italia, que cuenta con la administración controlada —art. 187 y sgts. L. Fall.—, la liquidación coactiva administrativa —arts. 194 y sgtes.—, y últimamente la “administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis” —ley 95 del 2/4/1979—.

Esta abundancia de procesos tiende a dejarse de lado, para unificarlos en su comienzo —ley norteamericana, francesa, austríaca, etc.—, sin perjuicio que luego se adopten algunos de los caminos previstos según la viabilidad de la empresa. Hasta puede ordenarse la clausura del procedimiento por falta de bienes, como sostiene el Proyecto Pajardi: no tiene sentido proseguir más el trámite, como en el país, cuando de antemano se conoce importa innecesariamente un dispendio de energías, gastos y tiempo.

Rossi, examinando el derecho angloamericano se pronunció en ese cauce hace casi treinta años: la insolvencia es un *status* que debe analizar y justipreciar el tribunal; pero ese *status* es de comprobación difícil, en cuanto sólo se exterioriza por algunos hechos; por ello, es menester, eme previo a la ejecución concursal, haya un procedimiento de carácter instrumental que permita la verificación de la insolvencia, y sin calificarla momentáneamente, permita otras vías de solución que la liquidación. De tal modo, que si en el Ínterin la insolvencia puede desembocar en el convenio o el deudor encuentra los recursos para satisfacer las obligaciones, ese trámite conserva el carácter instrumental de escasa trascendencia para el deudor, con todas las derivaciones.

Quien insta la apertura del procedimiento se limita a la declaración de insolvencia, cuyos extremos de comprobarse por el tribunal abre una etapa preliminar de observación; esto es, para indagar por expertos las condiciones económicas de la empresa, cuya viabilidad no depende de la voluntad del deudor y de los acreedores —como en el concordato preventivo, entre nosotros— sino de su situación financiera real.

Durante ese estadio, que tiene una duración determinada, excepcionalmente prorrogable, la empresa prosigue la actividad normal en manos de los dirigentes sociales, controlada o asistida por un administrador judicial, cuyas facultades compete fijar al magistrado, pues, como dice Jiménez Sánchez, si el procedimiento concursal hubiera de producir la apertura de un obligado paréntesis en el normal desarrollo de las actividades propias de la empresa, determinando su paralización hasta que concluviera el procedimiento de reordenación o revitalización, en muy contadas ocasiones podría llevarse éste a término, porque las empresas, como todas organizaciones dinámicas resisten la parálisis. Su hibernación no las conserva para mejores tiempos, las mata.

Los créditos nacidos en este lapso gozan de prioridad sobre los existentes con anterioridad a la apertura del proceso.

Los técnicos, mientras tanto comienzan por levantar un balance económico-social de la empresa, precisando el origen de la crisis, la natura-

leza y dificultades de la misma —art. 18 “a” ley francesa—, para lo cual compulsan también la opinión de los organismos interesados —comité de empresa, delegados del personal, representante de los acreedores, etc.—.

El objetivo de ese análisis es lograr un plan de solución, en su caso, aconsejando las medidas que corresponde adoptar: vg., modificación de la situación, financiera de la empresa por reducción seguida de aumento de capital, lo cual puede importar variar la nómina de accionistas o socios; supresión de secciones o sucursales deficitarias; despido de personal excesivo, implementación de nueva tecnología, etc.

Ese “plan” presentado por el experto en diagnóstico de empresas, en el régimen francés —a diferencia del norteamericano— no es aprobado por los acreedores ni los socios, sino directamente por el tribunal quien determina la espera y/o quita que deben soportar los acreedores. El mismo es ejecutado bajo control de un comisario.

La ley francesa, como otra alternativa, admite la cesión de la empresa —total o parcial— a terceros, que incluye los contratos pendientes. Ello pone fin al juicio, ya que el pasivo es satisfecho con el precio de la cesión.

Ante la imposibilidad de esas soluciones corresponde la liquidación judicial, que arrastra a la disolución de la empresa.

Este punto de vista es propiciado por la *Kommission* de la ley de insolvencia germana: unificación de todos los procedimientos concursales en uno: no habrá más “diversas” soluciones de la insolvencia que pasa del saneamiento —si es del caso— con porcentaje para los acreedores, la inmediata declaración de quiebra, si resulta imposible la recuperación.